

WYROK TRYBUNAŁU (trzecia izba)

z dnia 19 czerwca 2008 r. *

W sprawie C-454/06

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Bundesvergabeamt (Austria) postanowieniem z dnia 10 listopada 2006 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 13 listopada 2006 r., w postępowaniu:

presetext Nachrichtenagentur GmbH

przeciwko

Republice Austrii (Bund),

APA-OTS Originaltext-Service GmbH,

APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung,

* Język postępowania: niemiecki.

TRYBUNAŁ (trzecia izba),

w składzie: A. Rosas, prezes izby, U. Löhmus, J.N. Cunha Rodrigues (sprawozdawca),
A. Ó Caoimh i A. Arabadjiev, sędziowie,

rzecznik generalny: J. Kokott,
sekretarz: B. Fülöp, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 24 stycznia 2008 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

- w imieniu pressetext Nachrichtenagentur GmbH, przez G. Estermana, Rechtsanwalt,
- w imieniu Republiki Austrii (Bund) przez A. Schittengrubera oraz C. Mayra, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu APA-OTS Originaltext-Service GmbH oraz APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung przez J. Schramma, Rechtsanwalt,
- w imieniu rządu austriackiego przez M. Fruhmanna oraz C. Mayra, działających w charakterze pełnomocników,

- w imieniu rządu francuskiego przez J. C. Gracię, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu litewskiego przez D. Kriauciūnasa, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez D. Kukoveca oraz R. Sauera, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 13 marca 2008 r.,

wydaje następujący

Wyrok

- ¹ Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, s. 1) i dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. L 395, s. 33) zmienionej dyrektywą 92/50 (zwanej dalej „dyrektywą 89/665”).

- ² Wniosek ten został przedstawiony w ramach sporu pomiędzy presstext Nachrichtenagentur GmbH (zwaną dalej PN) z jednej strony a Republiką Austrii (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH (zwaną dalej „APA-OTS”) i APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung (zwaną dalej „APA”) z drugiej strony, w przedmiocie zamówienia publicznego z zakresu usług agencji informacyjnej.

Ramy prawne

Uregulowania wspólnotowe

- ³ Artykuł 3 ust. 1 dyrektywy 92/50 stanowi:

„Instytucje zamawiające, udzielając zamówień publicznych na usługi lub organizując konkursy na projekty, stosują procedury dostosowane do przepisów niniejszej dyrektywy”.

- ⁴ Zgodnie z art. 8 tej dyrektywy 92/50:

„Zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku I A, udziela się zgodnie z przepisami tytułów III–VI”.

5 Artykuł 9 tej dyrektywy stanowi:

„Zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku I B, udziela się zgodnie z art. 14 i 16”.

6 Artykuł 10 tej dyrektywy stanowi:

„Zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione zarówno w załączniku I A, jak i w załączniku I B, udziela się zgodnie z przepisami tytułów III–VI, w przypadku gdy wartość usług wymienionych w załączniku I A jest większa niż wartość usług wymienionych w załączniku I B. W przypadku gdy tak nie jest, są one udzielane zgodnie z art. 14 i 16”.

7 Artykuł 11 ust. 3 tej dyrektywy stanowi:

„3. Instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień publicznych na usługi w procedurze negocjacyjnej, bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, w następujących przypadkach:

[...]

- e) w przypadku usług dodatkowych, nieprzewidzianych ani w projekcie pierwotnie rozważanym, ani w pierwotnie zawartej umowie, które jednak z uwagi na nieprzewidziane wydarzenia, stały się niezbędne do wykonania usługi w niej określonej, pod warunkiem że zamówienie udzielone jest usługodawcy świadczącemu takie usługi:

- gdy takie dodatkowe usługi ze względów technicznych i ekonomicznych nie mogą być oddzielone od głównego zamówienia bez istotnej uciążliwości dla instytucji zamawiających, lub

- gdy takie usługi mogą być oddzielone od wykonania pierwotnego zamówienia, lecz są ściśle niezbędne do jego zakończenia.

Jednakże łączna wartość szacunkowa udzielonych zamówień na usługi dodatkowe nie może przekroczyć 50% wartości głównego zamówienia;

- f) w przypadku nowych usług, polegających na powtórzeniu podobnych usług, powierzonych usługodawcy, któremu te same instytucje zamawiające udzieliły wcześniejszego zamówienia, pod warunkiem że usługi te zgodne są z zasadniczym projektem, będącym podstawą pierwotnego zamówienia, udzielonego zgodnie z procedurami określonymi w ust. 4. W momencie zaproszenia do składania ofert na pierwszy projekt, gdy mają zastosowanie przepisy art. 7, instytucja zamawiająca informuje o możliwości zastosowania procedury negocjacyjnej oraz uwzględnia całkowity szacunkowy koszt następnych usług. Niniejsza procedura może być zastosowana jedynie w ciągu trzech lat po zawarciu pierwotnego zamówienia”.

Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

- 8 APA została założona w Austrii po zakończeniu drugiej wojny światowej. Przyjęła ona formę spółdzielni, której członkami stały się prawie wszystkie dzienniki oraz radio i telewizja austriackie ORF. Wraz ze swymi spółkami zależnymi, APA jest pryzdującym podmiotem na austriackim rynku agencji informacyjnych i tradycyjnie wykonuje na rzecz Republiki Austrii (Bund) różnego rodzaju usługi z zakresu agencji informacyjnej.
- 9 PN istnieje na austriackim rynku agencji informacyjnych od roku 1999, lecz jedynie w bardzo ograniczonym stopniu wykonywała komunikaty prasowe na rzecz austriackich władz federalnych. PN zatrudnia mniej dziennikarzy od spółki APA i nie posiada tak dużego archiwum jak APA.
- 10 W roku 1994, a więc przed przystąpieniem do Unii Europejskiej, Republika Austrii (Bund) zawarła z APA umowę (zwaną dalej umową podstawową), która przewiduje świadczenie pewnych usług za wynagrodzeniem. Umowa ta umożliwia austriackim władzom federalnym przede wszystkim pozyskiwanie i wykorzystywanie aktualnych informacji (tak zwana „usługa podstawowa”), korzystanie z informacji i komunikatów prasowych o charakterze historycznym pochodzących z bazy danych APA, tak zwanej „APADok” oraz używanie oryginalnego serwisu tekstowego spółki APA, zwanego „OTS” zarówno w celu pozyskiwania informacji jak i w celu publikowania własnych komunikatów prasowych. Baza danych APADok zawiera dane z zakresu usługi podstawowej począwszy od 1 stycznia 1988 r. oraz komunikaty opracowane w ramach usługi OTS począwszy od 1 czerwca 1989 r.
- 11 Umowa podstawowa została zawarta na czas nieokreślony, przy czym ujęto w niej postanowienie, na mocy którego strony zrzekły się prawa do wypowiedzenia umowy do dnia 31 grudnia 1999 r.

12 Artykuł 2 lit. c) umowy podstawowej przewidywał:

„W ramach korzystania on line z usług informacyjnych APA określonych w art. 1 APA naliczy tytułem wynagrodzenia za użytkowanie systemu elektronicznego przetwarzania danych cenę odpowiadającą cenie za użytkowanie na najniższym poziomie taryfy oficjalnej za minutę CPU (czas netto) (obecnie 67 ATS, bez VAT za minutę CPU) pomniejszoną o 15%”.

13 Umowa ta zawierała również postanowienia dotyczące daty pierwszej podwyżki cen, maksymalnej kwoty każdej podwyżki oraz indeksacji cen na podstawie wskaźnika cen konsumenckich w roku 1986, przy czym wartością odniesienia był wskaźnik liczbowy ustalony dla roku 1994. W tym zakresie art. 5 ust. 3 wskazanej umowy przewidywał w szczególności, że „[...] ustanawia się w sposób wyraźny stałość wynagrodzeń przewidzianych w art. 2 lit. a) i b). W zakresie obliczania indeksacji, należy przyjąć wskaźnik cen konsumenckich 86 (VPI 86) opublikowany przez austriacki centralny urząd statystyczny (ÖSTAT) lub zastępujący go wskaźnik”.

14 We wrześniu 2000 r. APA założyła pozostającą w 100% w jej posiadaniu spółkę zależną APA-OTS w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Między obiema spółkami istnieje umowa o wyłączeniu zysków i strat, z której wedle informacji APA i APA-OTS wynika, że APA-OTS jest pod względem finansowym, organizacyjnym i ekonomicznym włączona do przedsiębiorstwa APA i przy prowadzeniu swych spraw i zarządzaniu jest zobowiązana do postępowania zgodnie z poleceniami APA. APA-OTS jest ponadto zobowiązana do przekazywania na rzecz APA swych nadwyżek rocznych, podczas gdy APA w zamian za to zobowiązana jest do wyrównania ewentualnych rocznych niedoborów powstałych w APA-OTS.

15 We wrześniu 2000 r. APA powierzyła APA-OTS prowadzenie działalności w zakresie usługi OTS. O tej zmianie Republika Austrii została poinformowana w październiku 2000 r. Upoważniony do reprezentacji pracownik APA zapewnił władze austriackie, że po wyodrębnieniu APA ponosi odpowiedzialność „solidarnie” z APA-OTS i że generalnie istniejąca usługa nie ulegnie zmianie. Władze austriackie udzie-

liły następnie zgody na świadczenie usługi OTS przez APA-OTS i od tej chwili wynagrodzenia za tę usługę były przekazywane bezpośrednio do APA-OTS.

- 16 Ponadto postanowienia umowy podstawowej zostały zmienione na mocy zawartego w roku 2001 aneksu pierwszego, który wszedł w życie 1 stycznia 2002 r. Ze względu na zmianę waluty na euro, aneks ten dostosował pierwotne zamówienie w sposób wskazany w pkt 17–20 niniejszego wyroku.
- 17 Po pierwsze, kwota rocznego wynagrodzenia za korzystanie z artykułów prasowych i archiwów określona w wysokości 10 080 000 ATS została zastąpiona kwotą 800 000 EUR. Ze względu na postanowienie dotyczące indeksacji, cena za rok 2002 powinna była wynieść 11 043 172 ATS (w związku ze zmianą waluty na euro zaokrąglona na 802 538,61 EUR). Podjęto jednak decyzję, że cena nie zostanie określona na tę kwotę, lecz na okrągłą kwotę 800 000 EUR, co skutkuje obniżką o 0,3%.
- 18 Po drugie, cena za korzystanie z usług informacyjnych APA w systemie on line, określona na 67 ATS za minutę została zastąpiona ceną 4,87 EUR za minutę. Pomijając zaokrąglenie dokonane ze względu na zmianę waluty na euro, właściwa wartość tej ceny nie uległa zmianie.
- 19 Po trzecie, w zakresie obliczania indeksacji, wskaźnik liczbowy ustalony dla roku 1994 na podstawie wskaźnika cen konsumenckich w roku 1986 r. został jako punkt odniesienia zastąpiony wskaźnikiem liczbowym ustalonym dla roku 2001 na podstawie wskaźnika cen konsumenckich w roku 1996. W tym względzie aneks pierwszy zmienił między innymi art. 5 ust. 3 umowy podstawowej, który uzyskał następujące brzmienie.

„Ustanawia się w sposób wyraźny stałość wynagrodzeń przewidzianych w art. 2 lit. a) i b). W zakresie obliczania indeksacji, należy przyjąć wskaźnik cen konsumenckich 96 (VPI 96) opublikowany przez austriacki centralny urząd statystyczny (ÖSTAT) lub zastępujący go wskaźnik”.

- 20 Po czwarte, na zasadzie odstępstwa od wskazanego mechanizmu indeksacji, niektóre ceny zostały natychmiast określone dla lat 2002–2004. Cena wynosząca 8,50 ATS od wiersza za umieszczenie komunikatów prasowych w ramach usługi OTS została zastąpiona ceną określoną na 0,66 EUR od wiersza za rok 2002, 0,67 EUR za rok 2003 r. i 0,68 EUR za rok 2004. Gdyby zostało zastosowane postanowienie dotyczące indeksacji, cena powinna ulec podwyższeniu do 9,31 ATS od wiersza (w zaokrągleniu 0,68 EUR od wiersza) za rok 2002. W związku z tym cena została obniżona o 2,94% za rok 2002 i o 1,47% za rok 2003.
- 21 W ramach aneksu drugiego, zawartego w październiku 2005 r., który wszedł w życie 1 stycznia 2006 r. przyjęto dwie zmiany umowy podstawowej. Umowa ta została na mocy aneksu drugiego zmieniona w sposób wskazany w pkt 22 i 23 niniejszego wyroku.
- 22 Po pierwsze, postanowienie o braku wypowiedzenia umowy, uzgodnione w umowie podstawowej do dnia 31 grudnia 1999 r. zostało przewidziane ponownie do dnia 31 grudnia 2008 r.
- 23 Po drugie, rabat udzielony w zakresie ceny za korzystanie on line z usług informacyjnych APA określony w umowie podstawowej w wysokości 15% został podwyższony do 25%. W tym zakresie, na mocy aneksu drugiego, art. 2 lit. c) umowy podstawowej uzyskał następujące brzmienie:

„Wskazane poniżej postanowienia [umowy podstawowej zmienionej aneksem pierwszym] zostaną zmienione w następujący sposób z dniem 1 stycznia 2006 r.:

1. W art. 2 lit. c) stawka 15% zostaje zastąpiona stawką 25%.

[...]”

- 24 W roku 2004 PN złożył Republice Austrii (Bund) ofertę dotyczącą swych usług z zakresu agencji informacyjnej, lecz nie doprowadziło to do zawarcia umowy.
- 25 W odwołaniach złożonych w dniu 4 i 19 lipca 2006 r. PN żąda od Bundesvergabeamt stwierdzenia, że podział zamówienia podstawowego wskutek restrukturyzacji APA w roku 2000 oraz aneksy zawarte w latach 2001 i 2005, określone przez PN jako „zamówienia udzielone de facto” były niezgodne z prawem i posiłkowo żąda ona stwierdzenia, że wybór omawianych procedur udzielania zamówień był również niezgodny z prawem.
- 26 W odniesieniu do terminów na złożenie odwołań Bundesvergabeamt wskazuje, że kwestionowane działania miały miejsce w latach 2000, 2001 i 2005, jednakże przewidziany w prawie krajowym środek prawny przeciwko niezgodnemu z prawem udzielaniu zamówień publicznych (tzn. wniosek o stwierdzenie naruszenia skutkujący anulowaniem umowy) został wprowadzony dopiero później z mocą od dnia 1 lutego 2006 r. Termin przewidziany dla tego środka wynosi sześć miesięcy od sprzecznego z prawem udzielenia zamówienia. Bundesvergabeamt uznaje jednakże za słuszne zastosowanie § 1496 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym terminy przedawnienia nie mogą biec, jeżeli nie mogą być stosowane przewidziane procedury odwoławcze, przy założeniu że zastosowanie tego przepisu byłoby zgodne z prawem wspólnotowym.
- 27 W tych okolicznościach Bundesvergabeamt postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:
- „1) Czy pojęcie „udzielając” zawarte w art. 3 ust. 1 dyrektywy 92/50[...] i pojęcie „udziela się” zawarte w art. 8 i 9 dyrektywy 92/50[...] należy interpretować w ten sposób, że obejmuje ono również stany faktyczne, w których instytucja zamawiająca zamierza w przyszłości pozyskiwać usługi od usługodawcy w formie spółki kapitałowej, jeżeli usługi te były wcześniej świadczone przez innego usługodawcę, który jest jedynym udziałowcem przyszłego usługodawcy, i który posiada jednocześnie nad przyszłym usługodawcą władztwo w zakresie poleceń? Czy w takiej sytuacji ma znaczenie okoliczność, że dla instytucji zamawiającej nie ma pewności, czy w czasie całego okresu trwania pierwotnej umowy, udziały

w spółce będącej przyszłym usługodawcą nie zostaną w całości lub w części zbyte na rzecz osób trzecich i nie ma również pewności, czy w czasie całego okresu trwania pierwotnej umowy nie zmieni się skład członkowski pierwotnego usługodawcy, działającego w formie spółdzielni?

- 2) Czy pojęcie „udzielając” zawarte w art. 3 ust. 1 dyrektywy 92/50[...] i pojęcie „udziela się” zawarte w art. 8 i 9 dyrektywy 92/50[...] należy interpretować w ten sposób, że obejmuje ono również stany faktyczne, w których instytucja zamawiająca uzgadnia z usługodawcami — w czasie obowiązywania umowy o wspólne świadczenie usług zawartej z nimi na czas nieokreślony — zmianę wynagrodzenia za pewne usługi umowne i redaguje na nowo klauzulę waloryzacyjną, jeżeli zmiany te prowadzą do zmienionego wynagrodzenia i są dokonywane ze względu na wprowadzenie euro?
- 3) Czy pojęcie „udzielając” zawarte w art. 3 ust. 1 dyrektywy 92/50[...] i pojęcie „udziela się” zawarte w art. 8 i 9 dyrektywy 92/50[...] należy interpretować w ten sposób, że obejmuje ono również stany faktyczne, w których instytucja zamawiająca uzgadnia z usługodawcami — w czasie obowiązywania umowy o wspólne świadczenie usług zawartej z nimi na czas nieokreślony — poprzez zmianę umowy, z jednej strony ponowne postanowienie o braku wypowiedzenia umowy przez trzy lata, które w chwili dokonywania nowych uzgodnień już nie obowiązywało, przy czym z drugiej strony, przy tej zmianie umowy ustanowiono ponadto wyższy niż poprzednio rabat w odniesieniu do pewnych wynagrodzeń zależnych od ilości w zakresie określonego zakresu usług?
- 4) W przypadku potwierdzenia, że zaistniało udzielenie zamówienia publicznego w rozumieniu jednego z pierwszych trzech pytań: czy art. 11 ust. 3 lit. b) dyrektywy 92/50[...] lub inne przepisy prawa wspólnotowego, a w szczególności zasadę przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że pozwalają one instytucji zamawiającej na udzielenie zamówienia na usługi w pojedynczej umowie o świadczenie usług w drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, gdy części usług są objęte prawami wyłącznymi, o jakich mowa w art. 11 ust. 3 lit. b) dyrektywy 92/50[...]; lub czy zasada przejrzystości lub inne przepisy prawa wspólnotowego nakazują przy udzielaniu zamówienia na usługi w przeważającej mierze niepriorytetowe, aby w takim przypadku, przed udzieleniem zamówienia opublikować jednak ogłoszenie w celu umożliwienia dokonania przez zainteresowane przedsiębiorstwa weryfikacji, czy przedmiotem zamówienia są rzeczywiście usługi objęte prawem wyłącznym; lub

czy przepisy prawa wspólnotowego dotyczące udzielania zamówień publicznych nakazują, aby w takim przypadku zamówienie na usługi mogło być udzielone jedynie w osobnych procedurach udzielania zamówień — w zależności od tego, czy istnieje prawo wyłączne, aby przynajmniej w części umożliwić konkurencję przy udzielaniu zamówień?

- 5) W przypadku udzielenia odpowiedzi na pytanie czwarte w ten sposób, że instytucja zamawiająca może udzielić zamówienia łącznie na usługi nieobjęte prawami wyłącznymi i na usługi objęte prawami wyłącznymi w pojedynczej procedurze udzielania zamówień: czy przedsiębiorca niemający prawa do korzystania z danych objętych wyłącznym prawem przedsiębiorstwa mającego pozycję dominującą na rynku może w tym zakresie wykazać swoją zdolność do pełnego wykonania usług objętych zamówieniem na rzecz instytucji zamawiającej w ten sposób, że powoła się na art. 82 WE i wynikający z tego przepisu obowiązek przedsiębiorstwa mającego pozycję dominującą na rynku państwa członkowskiego WE, które ma prawo do korzystania z danych i do udostępnienia tych danych na stosownych warunkach?
- 6) W przypadku udzielenia odpowiedzi na pytania pierwsze, drugie i trzecie w ten sposób, że w wyniku częściowego przejęcia umowy w roku 2000 lub w wyniku jednej lub obydwu wskazanych zmian w umowie miało miejsce udzielenie nowego zamówienia i ponadto w przypadku udzielenia odpowiedzi na pytanie czwarte w ten sposób, że przy udzielaniu zamówienia w drodze osobnej procedury na usługi nieobjęte prawami wyłącznymi lub przy udzielaniu zamówienia obejmującego pełny zakres usług (tu: komunikaty prasowe, usługi podstawowe i prawa do używania APADok) instytucja zamawiająca miała obowiązek publikacji ogłoszenia w celu zachowania przejrzystości lub możliwości weryfikacji planowanego zamówienia:

Czy pojęcia „uszczerbku” zawarte w art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665[...] lub słowa „doznały uszczerbku” zawarte w art. 2 ust. 1 lit. c) dyrektywy 89/665[...] należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji takiej jak niniejsza, przedsiębiorca doznał uszczerbku w rozumieniu wskazanych przepisów dyrektywy 89/665[...], gdy została mu odebrana możliwość wzięcia udziału w procedurze udzielania zamówienia z tego względu, że przed udzieleniem zamówienia instytucja zamawiająca nie opublikowała ogłoszenia o zamówieniu, na podstawie którego przedsiębiorca mógłby złożyć wniosek lub ofertę lub przedłożyć do weryfikacji przez właściwy urząd kontroli zamówień publicznych twierdzenie o istnieniu praw wyłącznych?

- 7) Czy wspólnotową zasadę równoważności, wspólnotowy obowiązek zagwarantowania skutecznej ochrony prawnej lub zasadę skuteczności należy przy uwzględnieniu pozostałych przepisów prawa wspólnotowego interpretować w ten sposób, że przedsiębiorcy zostaje na tej podstawie przyznane względem państwa członkowskiego bezwarunkowe prawo podmiotowe do podjęcia przed właściwym organem krajowym środków prawnych zmierzających do uzyskania odszkodowania po udzieleniu zamówienia ze względu na naruszenie wspólnotowych przepisów z zakresu prawa zamówień publicznych w terminie co najmniej 6 miesięcy od możliwości powzięcia wiadomości o udzieleniu zamówienia niezgodnie z prawem zamówień publicznych, przy czym przedsiębiorca powinien dodatkowo dysponować okresem, w którym podjęcie takich środków prawnych nie było możliwe ze względu na brak krajowych podstaw prawnych, jeżeli w przypadku roszczeń odszkodowawczych wynikających z krajowych naruszeń prawa przewidziane są w prawie krajowym terminy wynoszące zwykle trzy lata od uzyskania wiadomości o sprawcy szkody i o szkodzie, a w razie braku ochrony prawnej w danej dziedzinie przedawnienie nie biegnie?”.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

- ²⁸ Należy na wstępie wskazać, że o ile zamówienie będące przedmiotem sprawy przed sądem krajowym zostało zawarte przed przystąpieniem Republiki Austrii do Unii Europejskiej, o tyle przepisy wspólnotowe regulujące tę dziedzinę mają zastosowanie do tego rodzaju zamówienia od chwili przystąpienia tego państwa do Unii (zob. podobnie wyrok z dnia 24 września 1998 r. w sprawie C-76/97 Tögel, Rec. s. I-5357, pkt 14).
- ²⁹ W swych trzech pierwszych pytaniach Bundesvergabeamt zmierza w istocie do ustalenia, na jakich warunkach zmiany w istniejącej umowie pomiędzy instytucją zamawiającą a usługodawcą mogą być uznane za udzielenie nowego zamówienia publicznego na usługi w rozumieniu dyrektywy 92/50.

- 30 Dyrektywa 92/50 nie daje wyraźnej odpowiedzi na te pytania, jednak wynika z niej kilka istotnych wskazań, które mieszczą się w ogólnych ramach zasad wspólnotowych z dziedziny zamówień publicznych.
- 31 Z orzecznictwa wynika, że głównym celem zasad wspólnotowych z dziedziny zamówień publicznych jest zapewnienie swobodnego przepływu usług i otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich (zob. wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Lochau, Zb.Orz. s. I-1, pkt 44). Ten podwójny cel został wyraźnie potwierdzony w motywach drugim, szóstym i dwudziestym dyrektywy 92/50.
- 32 W celu osiągnięcia tego podwójnego celu prawo wspólnotowe stosuje w szczególności zasadę niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, zasadę równego traktowania oferentów oraz wynikający z nich obowiązek przejrzystości (zob. podobnie wyroki z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-275/98 Unitron Scandinavia i 3-S, Rec. s. I-8291, pkt 31; z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 Telaustria i Telefonadress, Rec. s. I-10745, pkt 60 i 61 oraz z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99 P Komisja przeciwko CAS Succhi di Frutta, Rec. s. I-3801, pkt 108 i 109).
- 33 Co się tyczy zamówień objętych dyrektywą 92/50, mających wyłącznie lub głównie za przedmiot usługi ujęte w załączniku I A, dyrektywa ta realizuje wskazane zasady i obowiązek przejrzystości, ustanawiając w szczególności pewne procedury udzielania zamówień. Co się tyczy zamówień objętych tą dyrektywą, mających wyłącznie lub głównie za przedmiot usługi ujęte w załączniku I B, dyrektywa ta nie ustanawia tych samych regulacji w zakresie procedur udzielania zamówień, jednak mimo to ta kategoria zamówień publicznych w dalszym ciągu podlega podstawowym zasadom prawa wspólnotowego i wynikającemu z nich obowiązkowi przejrzystości (zob. podobnie wyrok z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie C-507/03 Komisja przeciwko Irlandii, Zb.Orz. s. I-9777, pkt 26, 30 i 31).
- 34 Ze względu na cel zapewnienia przejrzystości procedur równego traktowania oferentów, zmiany w postanowieniach zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia w rozumieniu dyrektywy 92/50 jeżeli

charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-337/98 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-8377, pkt 44 i 46).

35 Zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona.

36 Podobnie, zmiana pierwotnego zamówienia może zostać uznana za istotną, jeżeli w sposób znaczący poszerza zamówienie o usługi, które pierwotnie nie były w nim przewidziane. Ta ostatnia wykładnia jest potwierdzona poprzez art. 11 ust. 3 lit. e) i f) dyrektywy 92/50, który w przypadku zamówień publicznych na usługi mających wyłącznie lub głównie za przedmiot usługi objęte załącznikiem I A do tej dyrektywy ustanawia ograniczenia możliwości skorzystania przez instytucje zamawiające z procedury negocjacyjnej celem udzielenia usług dodatkowych względem usług ujętych w pierwotnym zamówieniu.

37 Zmiana zamówienia może zostać uznana za istotną również wówczas, gdy modyfikuje ona równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób, który nie był przewidziany w postanowieniach pierwotnego zamówienia.

38 Na pytania przedstawione Trybunałowi należy udzielić odpowiedzi z uwzględnieniem powyższych uwag.

W przedmiocie pytania pierwszego

- 39 W pierwszym pytaniu sąd krajowy odnosi się do przeniesienia w roku 2000 na APA-OTS usług OTS świadczonych do tej pory przez APA. Zmierza on w istocie do ustalenia, czy zmiana kontrahenta w okolicznościach takich jak te, które miały miejsce w sprawie rozpatrywanej przed sądem krajowym, stanowi udzielenie nowego zamówienia w rozumieniu art. 3 ust. 1, 8 i 9 dyrektywy 92/50.
- 40 Generalnie, zastąpienie kontrahenta, któremu instytucja zamawiająca pierwotnie udzieliła zamówienia poprzez nowego kontrahenta należy uznać za zmianę jednego z podstawowych postanowień zamówienia publicznego, o którym mowa, chyba że to zastąpienie zostało przewidziane w ramach pierwotnego zamówienia, np. w formie podwykonawstwa.
- 41 Zgodnie z postanowieniem odsyłającym APA-OTS, działająca w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, ma osobowość prawną odmienną od spółki APA, która była usługodawcą w pierwotnym zamówieniu.
- 42 Jest również bezsporne, że od przeniesienia usług OTS ze spółki APA na spółkę APA-OTS w roku 2000, instytucja zamawiająca dokonuje płatności za te usługi bezpośrednio na rzecz APA-OTS, a nie na rzecz APA.
- 43 Jednakże, przeniesienie omawianej działalności charakteryzuje się pewnymi szczególnymi cechami, które pozwalają na stwierdzenie, że tego rodzaju zmiany, dokonane w sytuacji takiej, jaka miała miejsce w sprawie przed sądem krajowym, nie stanowią zmiany istotnego postanowienia zamówienia.

44 Jak bowiem wynika z akt sprawy, APA-OTS jest spółką w 100% zależną od APA, tej drugiej spółce przysługuje prawo do wydawania poleceń spółce APA-OTS oraz pomiędzy tymi dwoma spółkami zawarta została umowa o wyłączeniu zysków i strat, które przypadają spółce APA. Ponadto z akt sprawy wynika, że osoba uprawniona do reprezentowania spółki APA zapewniła instytucję zamawiającą, że po wyodrębnieniu usług OTS, APA będzie odpowiedzialna „solidarnie” z APA-OTS i że istniejąca usługa jako całość pozostanie bez zmian.

45 Tego rodzaju działanie stanowi w istocie wewnętrzną reorganizację kontrahenta, która nie zmienia w sposób istotny postanowień pierwotnego zamówienia.

46 Sąd krajowy zwraca się w tym kontekście z pytaniem, czy okoliczność, że instytucja zamawiająca nie ma pewności, czy udziały w spółce APA-OTS nie zostaną zbyte na rzecz osób trzecich w czasie całego okresu zamówienia ma konsekwencje prawne.

47 Gdyby udziały w spółce APA-OTS zostały zbyte na rzecz osoby trzeciej w czasie okresu trwania zamówienia będącego przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, nie stanowiłoby to już jedynie wewnętrznej reorganizacji pierwotnego kontrahenta, lecz byłoby rzeczywistą zmianą kontrahenta, co oznaczałoby zasadniczo zmianę istotnego postanowienia zamówienia. Tego rodzaju zdarzenie mogłoby stanowić nowe udzielenie zamówienia w rozumieniu dyrektywy 92/50.

48 Analogiczne rozumowanie miałoby zastosowanie gdyby zbycie udziałów w spółce zależnej na rzecz osoby trzeciej było przewidziane już w chwili przeniesienia na nią omawianej działalności (zob. podobnie wyrok z dnia 10 listopada 2005 r. w sprawie C-29/04 Komisja przeciwko Austrii, Zb.Orz. s. I-9705, pkt 38–42).

49 Jednakże, dopóki taki rozwój zdarzeń nie nastąpił, zastosowanie ma analiza wskazana w pkt 45 niniejszego wyroku, wedle której tego rodzaju sytuacja stanowi wewnętrzną

reorganizację kontrahenta. Brak gwarancji, że udziały w spółce zależnej nie zostaną zbyte na rzecz osób trzecich w czasie trwania zamówienia nie wpływa na ten wniosek.

- 50 Sąd krajowy zwraca się również z pytaniem dotyczącym konsekwencji prawnych związanych z okolicznością, że instytucja zamawiająca nie ma pewności, czy skład udziałowców pierwotnego usługodawcy nie ulegnie zmianie w czasie trwania całego zamówienia.
- 51 Zamówienia publiczne są z reguły udzielane osobom prawnym. Jeżeli osoba prawna działa w formie spółki akcyjnej notowanej na giełdzie, z samej jej natury wynika, że jej akcjonariat może się zmienić w każdej chwili. Zasadniczo taka sytuacja nie podważa ważności zamówienia publicznego udzielonego takiej spółce. Odmierna ocena takiej sytuacji może mieć miejsce jedynie w przypadkach wyjątkowych, takich jak działania zmierzające do obejścia przepisów wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych.
- 52 Analogiczne rozważania mają zastosowanie w przypadku zamówień publicznych udzielanych osobom prawnym działającym nie w formie spółki akcyjnej, lecz — jak w sprawie przed sądem krajowym — w formie zarejestrowanej spółdzielni o ograniczonej odpowiedzialności. Ewentualne zmiany w składzie członków takiej spółdzielni nie powodują co do zasady istotnej zmiany udzielonego jej zamówienia.
- 53 W związku z tym, rozważania te również nie zmieniają wniosku wskazanego w pkt 45 niniejszego wyroku.
- 54 Z powyższego wynika, że na pierwsze pytanie należy udzielić odpowiedzi, iż pojęcie „udzielać” zawarte w art. 3 ust. 1, art. 8 i 9 dyrektywy 92/50[...] należy interpretować w ten sposób, że nie obejmuje ono sytuacji, takiej jaka wystąpiła w sprawie

przed sądem krajowym, w której usługi świadczone na rzecz instytucji zamawiającej przez pierwotnego usługodawcę zostają przeniesione na innego usługodawcę działającego w formie spółki kapitałowej, w której pierwotny usługodawca jest jedynym akcjonariuszem, posiadającym kontrolę nad nowym usługodawcą i udzielającym mu poleceń, jeżeli pierwotny usługodawca w dalszym ciągu przyjmuje odpowiedzialność za poszanowanie zobowiązań umownych.

W przedmiocie pytania drugiego

- 55 W drugim pytaniu sąd krajowy odnosi się do zmian w umowie podstawowej wprowadzonych na mocy aneksu pierwszego, który został zawarty w roku 2001 i wszedł w życie 1 stycznia 2002 r. Sąd ten zmierza w istocie do ustalenia, czy pewne zmiany cen stanowią udzielenie nowego zamówienia w rozumieniu dyrektywy 92/50.
- 56 To pytanie prejudycjalne dotyczy, po pierwsze, przeliczenia cen na euro bez zmiany ich właściwej wartości, po drugie, przeliczenia cen na euro przy jednoczesnym obniżeniu ich właściwej wartości oraz, po trzecie, ponownego sformułowania postanowienia dotyczącego indeksacji cen.
- 57 Należy wskazać, że w przypadku, w którym ze względu na wprowadzenie euro istniejące zamówienie zostało zmienione w ten sposób, że ceny pierwotnie wyrażone w walucie krajowej zostały przeliczone na euro, nie chodzi o istotną zmianę umowy, lecz jedynie o dostosowanie zamówienia do zmienionych okoliczności zewnętrznych, o ile kwoty w euro zostaną zaokrąglone zgodnie z obowiązującymi przepisami, w szczególności zgodnie z rozporządzeniem Rady (WE) nr 1103/97 z dnia 17 czerwca 1997 r. w sprawie niektórych przepisów dotyczących wprowadzenia euro (Dz.U. L 162, s. 1).

- 58 Jeżeli zaokrąglenie cen przeliczonych na euro przekroczy kwotę dopuszczoną we właściwych przepisach, nastąpi wówczas zmiana właściwej wartości cen przewidzianych w pierwotnym zamówieniu. Powstaje wówczas pytanie, czy taka zmiana cen stanowi udzielenie nowego zamówienia.
- 59 Jest oczywiste, że cena stanowi istotny warunek zamówienia publicznego (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko CAS Succhi di Frutta, pkt 117).
- 60 Zmiana takiego warunku w czasie trwania zamówienia, w braku wyraźnego upoważnienia w tym zakresie w ramach postanowień pierwotnego zamówienia, stanowiłaby zagrożenie powstania naruszenia zasad przejrzystości i równego traktowania oferentów (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko CAS Succhi di Frutta, pkt 121).
- 61 Mimo to, przeliczenie cen na euro w czasie trwania zamówienia może się odbyć przy jednoczesnym dostosowaniu ich właściwych wartości, nie stanowiąc przy tym nowego zamówienia publicznego, pod warunkiem, że tego rodzaju dostosowanie jest minimalne i jest uzasadnione w sposób obiektywny, co ma miejsce w przypadku gdy ma to ułatwić wykonanie zamówienia, np. poprzez uproszczenie działań związanych z wystawianiem faktury.
- 62 W sprawie rozpatrywanej przed sądem krajowym roczne wynagrodzenie za korzystanie z artykułów prasowych i archiwów zostało obniżone zaledwie o 0,3%, aby odpowiadało okrągłej kwocie mogącej ułatwić obliczenia. Ponadto ceny liczone od wiersza za opublikowanie komunikatów prasowych w ramach usługi OTS zostały obniżone odpowiednio o 2,94% i 1,47% za lata 2002 i 2003, również w celu wyrażenia ich w okrągłych kwotach, mogących ułatwić obliczenia. Te dostosowania cen polegały na obniżeniu kwot i w związku z ich zastosowaniem usługodawca nie odniósł korzyści, a raczej poniósł stratę, zgadzając się na obniżenie cen wynikające ze zwykle stosowanych zasad przeliczania i indeksacji.

63 W tych okolicznościach można stwierdzić, że dostosowanie cen zamówienia publicznego w czasie jego trwania nie jest zmianą podstawowych warunków tego zamówienia mogącą stanowić udzielenie nowego zamówienia w rozumieniu dyrektywy 92/50.

64 W zakresie dotyczącym ponownego sformułowania postanowienia dotyczącego indeksacji należy wskazać, że umowa podstawowa przewidywała w art. 5 ust. 3 między innymi, że „w zakresie obliczania indeksacji, należy przyjąć wskaźnik cen konsumenckich 86 (VPI 86) opublikowany przez austriacki centralny urząd statystyczny (ÖSTAT) lub zastępujący go wskaźnik”.

65 Z powyższego wynika, że umowa podstawowa przewidywała zastąpienie wskazanego w niej wskaźnika przez wskaźnik późniejszy.

66 Aneks pierwszy zastąpił wskaźnik cen, o którym mowa w umowie podstawowej, a mianowicie wskaźnik cen konsumenckich dla roku 1986 (VPI 86) opublikowany przez l'ÖSTAT nowszym wskaźnikiem, tj. wskaźnikiem cen konsumenckich dla roku 1996 (VPI 96) opublikowanym przez tenże organ.

67 Jak wskazano w pkt 19 niniejszego wyroku, aneks ten przyjął jako punkt odniesienia wskaźnik liczbowy ustalony dla roku 2001, w którym zawarto ten aneks, w miejsce roku 1994, w którym została zawarta umowa podstawowa. To uaktualnienie punktu odniesienia jest spójne z uaktualnieniem wskaźnika cen.

68 Z powyższego wynika, że w aneksie pierwszym ograniczono się do zastosowania postanowień umowy podstawowej w zakresie dotyczącym uaktualnienia postanowień dotyczących indeksacji.

69 W tych okolicznościach należy stwierdzić, że odniesienie do nowego wskaźnika cen nie jest zmianą podstawowych warunków zamówienia mogących stanowić udzielenie nowego zamówienia w rozumieniu dyrektywy 92/50.

70 Z powyższego wynika, że na pytanie drugie należy udzielić odpowiedzi, że pojęcie „udzielać” zawarte w art. 3 ust. 1, art. 8 i 9 dyrektywy 92/50[...] należy interpretować w ten sposób, że nie obejmuje ono dostosowania pierwotnej umowy do zmienionych okoliczności zewnętrznych, takich jak przeliczenie na euro cen pierwotnie wyrażonych w walucie krajowej, minimalna obniżka tych cen celem ich zaokrąglenia oraz odniesienie do nowego wskaźnika cen, w sytuacji, w której zastąpienie poprzednio ustalonego wskaźnika zostało przewidziane w pierwotnej umowie.

W przedmiocie pytania trzeciego

71 W trzecim pytaniu, sąd krajowy odnosi się do zmian w umowie podstawowej wprowadzonych na mocy aneksu drugiego, który został zawarty w październiku 2005 i wszedł w życie 1 stycznia 2006 r.

72 Sąd zmierza w istocie do ustalenia, czy udzielenie nowego zamówienia wynika, po pierwsze, z uzgodnienia nowego postanowienia o braku wypowiedzenia umowy i po drugie, z podwyższenia rabatu udzielonego na niektóre usługi będące przedmiotem zamówienia.

73 Co się tyczy w pierwszej kolejności uzgodnienia nowego postanowienia o braku wypowiedzenia umowy w czasie trwania zamówienia udzielonego na czas nieokreślony, należy przypomnieć, że praktyka polegająca na udzielaniu zamówień publicznych na

czas nieokreślony jest jako taka obca systemowi i celom przepisów wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych. Tego rodzaju praktyka może z czasem prowadzić do zakłócenia konkurencji pomiędzy potencjalnymi usługodawcami i uniemożliwić stosowanie przepisów dyrektyw wspólnotowych w zakresie jawności procedur udzielania zamówień publicznych.

74 Mimo to, prawo wspólnotowe aktualnie nie zabrania udzielania zamówień publicznych na usługi na czas nieokreślony.

75 Podobnie, postanowienie, na mocy którego strony zobowiązują się do nie wypowiedzania w określonym czasie umowy dotyczącej zamówienia udzielonego na czas nieokreślony nie jest automatycznie niezgodne z prawem wspólnotowym w zakresie zamówień publicznych.

76 Jak wynika z pkt 34 niniejszego wyroku, dla celów ustalenia, czy zawarcie takiego postanowienia stanowi udzielenie nowego zamówienia, właściwym kryterium jest kwestia, czy to postanowienie należy uznać za istotną zmianę pierwotnej umowy (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 44–46).

77 Postanowienie, o którym mowa w sprawie rozpatrywanej przez sąd krajowy ustanawia zrzeknięcie się prawa do wypowiedzenia umowy w okresie odpowiadającym latom 2005–2008.

78 Należy jednak wskazać, że po wygaśnięciu w dniu 31 grudnia 1999 r. postanowienia o braku wypowiedzenia umowy zawartego w umowie podstawowej, można było rozwiązać omawiane zamówienie w każdej chwili z zachowaniem terminu wypowiedzenia. Zamówienie to pozostało jednak w mocy w okresie odpowiadającym latom 2000–2005 włącznie, ze względu na okoliczność, że ani instytucja zamawiająca, ani usługodawca nie skorzystali ze swego prawa do wypowiedzenia umowy.

- 79 Z akt sprawy nie wynika, aby w okresie lat 2005–2008, który był objęty postanowieniem o braku wypowiedzenia umowy, instytucja zamawiająca miała — przy założeniu, że brak było tego postanowienia — konkretną perspektywę zakończenia obowiązującej umowy i przeprowadzenia nowego przetargu. Zakładając nawet, że instytucja ta zamierzała to uczynić, okres obowiązywania tego postanowienia, a mianowicie trzy lata, nie powstrzymywał jej od tego w nadmiernie długim czasie w stosunku do czasu koniecznego na zorganizowanie tego rodzaju procedury. W tych okolicznościach nie zostało wykazane, że tego rodzaju postanowienie o braku wypowiedzenia umowy, przy założeniu, że nie jest ono systematycznie na nowo wprowadzane do umowy, prowadzi do zagrożenia zniekształceniem konkurencji na niekorzyść nowych, potencjalnych oferentów. W związku z tym, postanowienie to nie może zostać zakwalifikowane jako istotna zmiana pierwotnej umowy.
- 80 Z powyższego wynika, że w okolicznościach takich jak te, które miały miejsce w sprawie przed sądem krajowym, uzgodnienie — w czasie obowiązywania zamówienia publicznego na usługi udzielonego na czas nieokreślony — postanowienia o braku wypowiedzenia umowy przez trzy lata nie stanowi udzielenia nowego zamówienia w rozumieniu dyrektywy 92/50.
- 81 Po drugie, co się tyczy podwyższenia rabatu przewidzianego w aneksie drugim, należy przypomnieć, że umowa podstawowa przewidywała dla danego typu usług, „cenę odpowiadającą cenie za użytkowanie na najniższym poziomie taryfy oficjalnej [...] pomniejszoną o 15%”.
- 82 Zgodnie z wyjaśnieniami przedstawionymi Trybunałowi, postanowienie to odnosi się do praktykowanej przez APA taryfy malejącej, w zastosowaniu której ceny usług są obniżane, gdy wzrasta korzystanie z tych usług przez kontrahenta tej spółki.
- 83 Zgodnie z tymi wyjaśnieniami, przewidziane w aneksie drugim podwyższenie stawki rabatu z 15% na 25% jest równoznaczne z zastosowaniem niższej ceny. Obniżenie ceny i podwyższenie stawki rabatu mają porównywalny skutek gospodarczy, nawet jeśli są one formalnie przedstawiane w odmienny sposób.

84 W tych okolicznościach, podwyższenie rabatu może być interpretowane jako objęte postanowieniami umowy podstawowej.

85 Ponadto podwyższenie rabatu w sposób skutkujący obniżeniem wynagrodzenia otrzymywanego przez usługodawcę względem wynagrodzenia przewidzianego pierwotnie nie zmienia równowagi ekonomicznej umowy na korzyść usługodawcy.

86 Jednocześnie sam fakt, że instytucja zamawiająca uzyskuje większy rabat na część usług będących przedmiotem zamówienia nie prowadzi do zakłóceń konkurencji na niekorzyść potencjalnych oferentów.

87 Z powyższego wynika, że w sytuacji takiej, jaka wystąpiła w sprawie przed sądem krajowym, fakt ustanowienia w aneksie wyższych rabatów od rabatów przewidzianych pierwotnie na niektóre ceny ustalane w oparciu o ilości w ramach danej części świadczeń nie może być uznany za istotną zmianę umowy i w związku z tym nie może prowadzić do udzielenia nowego zamówienia publicznego w rozumieniu dyrektywy 92/50.

88 W związku z powyższym, na pytanie drugie należy udzielić odpowiedzi, że pojęcie „udzielać” zawarte w art. 3 ust. 1, art. 8 i 9 dyrektywy 92/50[...] należy interpretować w ten sposób, że nie obejmuje ono sytuacji, takiej jaka wystąpiła w sprawie przed sądem krajowym, w której w czasie obowiązywania zamówienia na usługi udzielone usługodawcy na czas nieokreślony instytucja zamawiająca ponownie uzgadnia z usługodawcą w drodze aneksu do umowy postanowienie o braku wypowiedzenia umowy przez trzy lata, które w chwili dokonywania nowych uzgodnień już nie obowiązywało i ponadto, w której instytucja zamawiająca uzgadnia z usługodawcą ustanowienie wyższego rabatu niż rabat przewidziany pierwotnie na niektóre ceny zależne od ilości w określonym zakresie usług.

89 Mając na uwadze odpowiedzi udzielone na pytania pierwsze i trzecie, brak jest konieczności udzielania odpowiedzi na pytania czwarte i siódme.

W przedmiocie kosztów

90 Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (trzecia izba) orzeka, co następuje:

- 1) Pojęcie „udzielać” zawarte w art. 3 ust. 1, art. 8 i 9 dyrektywy 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi należy interpretować w ten sposób, że nie obejmuje ono sytuacji, takiej jaka wystąpiła w sprawie przed sądem krajowym, w której usługi świadczone na rzecz instytucji zamawiającej przez pierwotnego usługodawcę zostają przeniesione na innego usługodawcę działającego w formie spółki kapitałowej, w której pierwotny usługodawca jest jedynym akcjonariuszem, posiadającym kontrolę nad nowym usługodawcą i udzielającym mu poleceń, jeżeli pierwotny usługodawca w dalszym ciągu przyjmuje odpowiedzialność za poszanowanie zobowiązań umownych.
- 2) Pojęcie „udzielać” zawarte w art. 3 ust. 1, art. 8 i 9 dyrektywy 92/50 należy interpretować w ten sposób, że nie obejmuje ono dostosowania pierwotnej umowy do zmienionych okoliczności zewnętrznych, takich jak przeliczenie na euro cen pierwotnie wyrażonych w walucie krajowej, minimalna obniżka tych cen celem ich zaokrąglenia oraz odniesienie do nowego wskaźnika cen, w sytuacji, w której zastąpienie poprzednio ustalonego wskaźnika zostało przewidziane w pierwotnej umowie.

- 3) Pojęcie „udzielać” zawarte w art. 3 ust. 1, art. 8 i 9 dyrektywy 92/50 należy interpretować w ten sposób, że nie obejmuje ono sytuacji, takiej jaka wystąpiła w sprawie przed sądem krajowym, w której w czasie obowiązywania zamówienia na usługi udzielone usługodawcy na czas nieokreślony instytucja zamawiająca ponownie uzgadnia z usługodawcą w drodze aneksu do umowy postanowienie o braku wypowiedzenia umowy przez trzy lata, które w chwili dokonywania nowych uzgodnień już nie obowiązywało i ponadto, w której instytucja zamawiająca uzgadnia z usługodawcą ustanowienie wyższego rabatu niż rabat przewidziany pierwotnie na niektóre ceny zależne od ilości w określonym zakresie usług.

Podpisy